



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

## Chapeau

142 III 738

94. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. AG (Beschwerde in Zivilsachen)  
5A\_838/2015 vom 5. Oktober 2016

## Regeste

Art. 839 al. 3 CC; hypothèque légale des artisans et entrepreneurs; fourniture de sûretés suffisantes. Les sûretés fournies sont suffisantes lorsqu'elles offrent la même couverture que l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Est ainsi insuffisante la garantie bancaire qui n'assure que pour une durée déterminée des intérêts moratoires dus de manière illimitée dans le temps et dont la durée de validité est définie de telle sorte qu'il ne reste pas à l'entrepreneur un délai raisonnable pour faire valoir juridiquement la sûreté fournie (consid. 3-5).

**Faits** à partir de page 739

BGE 142 III 738 S. 739

Die C. GmbH war als Totalunternehmerin mit dem Neubau der Notstromversorgung des Kernkraftwerks U. beauftragt. Die Bauten waren unter anderem auf Liegenschaften zu realisieren, die im Eigentum der B. AG stehen. Die C. GmbH zog die D. GmbH für die Planung, Lieferung, Montage und Inbetriebnahme der Brandmeldeanlagen und Löscheinrichtungen bei, welche ihrerseits gewisse Leistungen an die A. AG vergab.

Auf Gesuch der A. AG ordnete der Präsident des Handelsgerichts die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der B. AG für den Betrag von Fr. 397'966.50 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 273'118.50 ab 13. Januar 2015 und 5 % auf Fr. 124'848.- ab 17. Februar 2015 an und setzte der A. AG Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts.

Am 10. Juli 2015 klagte die A. AG gegen die B. AG auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Die C. GmbH reichte mit Eingabe vom 3. September 2015 eine Bankgarantie der E. SA ein.

Mit Verfügung vom 25. September 2015 schrieb der Präsident des Handelsgerichts das Verfahren hinsichtlich der definitiven Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts zufolge Gegenstandslosigkeit ab und stellte fest, dass die eingereichte Bankgarantie als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gelte.

Die A. AG (Beschwerdeführerin) hat Beschwerde an das Bundesgericht erhoben. Sie beantragt, es sei festzustellen, dass die von der C. GmbH eingereichte Bankgarantie nicht als hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB gelte. Die B. AG (Beschwerdegegnerin) und die C. GmbH (Nebenintervenientin) haben zur Beschwerde Stellung genommen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zur Weiterführung des ordentlichen Verfahrens auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts

BGE 142 III 738 S. 740

gemäss Klage der Beschwerdeführerin vom 10. Juli 2015 an das Handelsgericht zurück.  
(Zusammenfassung)



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

## Considérants

Aus den Erwägungen:

**3.** Streitig ist, ob die von der Nebenintervenientin eingereichte Bankgarantie im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB hinreichend Sicherheit bietet. Die Bankgarantie hat folgenden Inhalt:

**3.1** Laut Bankgarantie verpflichtet sich die E. SA unwiderruflich im Namen von C. GmbH (Garantieauftraggeberin) auf erste Aufforderung hin und unter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendungen, A. AG (Klägerin) den rechtskräftig zugesprochenen Betrag zu bezahlen, bis zu einer Höhe von Fr. 397'966.50 zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 273'118.50 ab 13. Januar 2015 und bis maximal 31. August 2025 und zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 124'848.- ab 17. Februar 2015 und bis maximal 31. August 2025.

**3.2** Im Zeitpunkt der Beanspruchung der Bankgarantie hat die Klägerin ein rechtskräftiges Urteil oder einen gerichtlich genehmigten Vergleich des zuständigen Gerichts, das bzw. der die D. GmbH (Schuldnerin) zu einer Zahlung über einen darin bestimmten Betrag an die Klägerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag verpflichtet, zusammen mit einer Rechtskraftbescheinigung vorzulegen, sodann den Nachweis zu erbringen, dass die Schuldnerin diesen Betrag trotz Aufforderung der Klägerin nicht bezahlt hat, und eine schriftliche Abtretungserklärung für alle Forderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag zugunsten der Garantieauftraggeberin abzugeben.

**3.3** Nach ihrem Wortlaut ist die Bankgarantie gültig bis zum 31. Dezember 2016 und verlängert sich automatisch für jeweils ein Jahr bis das Urteil bzw. der gerichtlich genehmigte Vergleich rechtskräftig ist. Sie erlischt 120 Kalendertage nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs.

**4.** Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, die Beschränkung der Garantie des Zinses auf den 31. August 2025 (E. 3.1 oben).

**4.1** Das Handelsgericht erwog, es gälten nicht bloss zeitlich unbefristete Sicherheiten für grundsätzlich unbefristet laufende Verzugszinsen als hinreichend im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB. Nach seiner eigenen Praxis gelte bezüglich der Verzugszinsen eine BGE 142 III 738 S. 741

Sicherstellungspflicht für die Dauer von zehn Jahren als hinreichend. Mit Blick auf den Zweck der Garantie könne nicht erwartet werden, dass der Zinsenlauf unbeschränkt gesichert werde. Da im Normalfall ein Verfahrensabschluss innert zehn Jahren möglich sein dürfte, sei die Sicherstellung eines Jahreszinses von zehn Jahren genügend und die Begrenzung bis zum 31. August 2025 zulässig.

**4.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, grundsätzlich habe sie Anspruch auf Verzugszinsen bis zum Zeitpunkt der Bezahlung der Schuld und das Bauhandwerkerpfandrecht diene auch als Sicherheit für alle verfallenen Zinsen, nicht nur diejenigen, die bis am 31. August 2025 anfallen. Insofern könne die Bankgarantie nicht als hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB gelten; die Praxis des Handelsgerichts sei bundesrechtswidrig.

**4.3** Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin bestreiten grundsätzlich, dass die Ersatzsicherheit auch die ohne zeitliche Beschränkung pfandberechtigten Verzugszinsen decken



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

müsse. Nebst der Wiederholung der vom Handelsgericht angeführten Gründe tragen sie vor, der Gläubiger sei in der Zwangsvollstreckung stets dem Risiko ausgesetzt, dass das Pfand die Pfandsumme nicht oder nur teilweise decke.

**4.4** Der Grundeigentümer kann die - provisorische oder definitive - Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts verhindern, indem er eine "hinreichende Sicherheit" ("sûretés suffisantes", "sufficiente garanzia") leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB).

**4.4.1** Die am 1. Januar 2012 in Kraft getretene Fassung des Art. 839 ZGB (AS 2011 4637, 4645 und 4658) hat in Abs. 3 betreffend Sicherheitsleistung den gleichen Wortlaut wie der Abs. 3 der bis zum 31. Dezember 2011 gültigen Version dieses Artikels. Folglich kann in dieser Hinsicht auf die unter dem alten Recht ergangene Rechtsprechung abgestellt werden.

**4.4.2** Damit eine Ersatzsicherheit als "hinreichend" gelten kann, muss sie *qualitativ* und *quantitativ* die gleiche Sicherheit bieten wie das Bauhandwerkerpfandrecht (**BGE 121 III 445 E. 5a S. 447**; **BGE 110 II 34 E. 1b**; **BGE 97 I 209 E. 2 S. 215**). In quantitativer Hinsicht bietet das Bauhandwerkerpfandrecht dem Gläubiger Sicherheit für die Kapitalforderung (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und die Verzugszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), allenfalls für die Vertragszinsen (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Die Verzugszinsen sind ihrerseits zeitlich nicht limitiert (Art. 104 OR). Dementsprechend muss auch die

BGE 142 III 738 S. 742

Ersatzsicherheit hinsichtlich der Verzugszinsen eine zeitlich bzw. quantitativ nicht limitierte Sicherheit bieten (**BGE 121 III 445 E. 5a S. 447**).

**4.4.3** Die Überlegung des Handelsgerichts, mit Blick auf den Zweck der Garantie könne nicht erwartet werden, dass der Zinsenlauf unbeschränkt gesichert werde, ist weder auf eine doktrinale Meinungsäusserung abgestützt noch nachvollziehbar. Sollte es sich an die von RAINER SCHUMACHER (Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 1257) gemachten Ausführungen anlehnen, wo der Autor auf mögliche Schwierigkeiten der Banken hinweist, Verzugszinsen auf unbestimmte Zeit zu garantieren, kommt jener zum Schluss, dass "gelegentlich deswegen eine Sicherheitsleistung, die Art. 839 Abs. 3 ZGB entspricht, nicht zustande" komme, es den Parteien jedoch freistehe, sich über den konkreten Inhalt der Sicherheitsleistung zu einigen. Hier steht nicht der Zweck der Garantie zur Debatte, sondern stellt sich die Frage, ob eine Ersatzsicherheit an die Stelle des gesetzlichen Pfandrechts zu treten vermag, was nur dann der Fall ist, wenn sie qualitativ und quantitativ die gleiche Deckung bietet wie das gesetzliche Pfandrecht. Eine Bankgarantie, die zwar den Kapitalbetrag, nicht aber die zeitlich unlimitiert geschuldeten Verzugszinsen abdeckt, erfüllt die Anforderungen an eine hinreichende Sicherheit nicht. Ob der Prozess in der Hauptsache "nach menschlichem Ermessen" (so die Beschwerdegegnerin) oder "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" (so die Nebenintervenientin) innert der garantierten Frist endgültig entschieden werden könnte, ändert an diesem rechtlichen Befund nichts (vgl. zur Praxis: CHRISTIAN PRAPLAN, L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: Mise en oeuvre judiciaire, JdT 158/2010 II S. 37, 57 Ziff. 8.2).

**4.5** Mit ihrer zeitlichen Beschränkung für die Verzugszinsen auf den 31. August 2025 erfüllt die Bankgarantie die Anforderungen an eine "hinreichende Sicherheit" im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB nicht. Die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerin und der Nebenintervenientin vermögen nichts daran zu ändern, dass sich die angefochtene Verfügung in diesem Punkt als bundesrechtswidrig und die Beschwerde entsprechend als begründet erweist.



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

**5.** Ferner beanstandet die Beschwerdeführerin die Vorgabe, wonach die Garantie jeweils nur bis am 31. Dezember jeden Jahres gültig sei und 120 Kalendertage nach Eintritt der Rechtskraft des die Schuldnerin verurteilenden Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs erlösche.  
BGE 142 III 738 S. 743

**5.1** Das Handelsgericht erwog, eine relative Befristung der Gültigkeitsdauer der Garantie sei zulässig, solange der Gläubiger nach Eintritt bestimmter Ereignisse innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit wirksam beanspruchen kann. Ebenso zulässig seien Modalitäten, welche der Rechtssicherheit des Grundeigentümers bzw. des Sicherheitsgebers dienen, wenn diese zweck- und verhältnismässig seien. Vorliegendenfalls sei die Frist von 120 Tagen zur Geltendmachung der Garantie nicht zu beanstanden. Dies gelte auch in Kombination mit dem Umstand, dass die Garantie jeweils nur für ein Jahr gültig sei. Selbst wenn ein für die Beschwerdeführerin günstiger Entscheid erst am 17. Dezember eines laufenden Jahres gefällt werde, habe jene unter Berücksichtigung der Rechtsmittelfrist und der Gerichtsferien (Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG) noch hinreichend Zeit, bei der garantierenden Bank vorstellig zu werden.

**5.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, das gesetzliche Pfandrecht sichere ihr letztlich ein Verwertungsrecht am belasteten Grundstück zu. Das Gesetz auferlege dem Gläubiger keine Frist, innert welcher jener die Grundpfandverwertung verlangen müsse. Demgegenüber sei die als Ersatzsicherheit angebotene Bankgarantie nach Datum und damit absolut befristet, weshalb sie keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB darstelle. Zulässig sei allenfalls eine Befristung, welche von einem oder mehreren zukünftigen Ereignissen abhängig und kalendermässig unbestimmt sei (z.B. Gültigkeit der Bankgarantie bis maximal 120 Tage nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils); unzulässig sei demgegenüber eine kalendermässige Befristung. Daher dürfe die Gültigkeitsdauer nicht auf den 31. Dezember eines jeweiligen Jahres befristet werden. Wenn das Urteil gegen die Schuldnerin am 17. Dezember rechtskräftig würde, verblieben ihr (der Beschwerdeführerin) nur noch vierzehn anstelle von 120 Tagen, um die Bankgarantie in Anspruch zu nehmen und die weiteren Bedingungen, namentlich die Rechtskraftbescheinigung einzuholen und die schriftliche Abtretungserklärung abzugeben.

**5.3** Die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin schliessen sich im Wesentlichen den Argumenten des Handelsgerichts an.

**5.4** Die Beschwerdeführerin spricht einen Teilgehalt der qualitativen Gleichwertigkeit der Ersatzsicherheit an. Lehre und kantonale Rechtsprechung sind sich darin einig, dass eine absolut befristete Sicherheitsleistung (Beschränkung der Gültigkeit bis zu einem bestimmten Datum oder während einer bestimmten Zeit ab

BGE 142 III 738 S. 744

Ausstellung) keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB ist (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1260 mit Hinweisen). Demgegenüber sei eine relative Befristung, d.h. eine solche, deren Ende von einem oder mehreren zukünftigen Ereignissen abhängt, zulässig, wenn das Ende der Gültigkeitsdauer kalendermässig unbestimmt ist und bis zum Eintritt des oder der Ereignisse unbestimmbar bleibt. Zudem müsse es dem Unternehmer möglich sein, nach Eintritt des bestimmten Ereignisses innerhalb einer angemessenen Reaktionsfrist die Sicherheit rechtswirksam für sich zu beanspruchen (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1261; PRAPLAN, a.a.O., S. 57 Ziff. 8.2: "un délai de quelques mois courant dès l'entrée en force du jugement"). Einwendungen des Unternehmers gegen derartige und damit zulässige Befristungen, namentlich unter Berufung auf die unbefristete Eintragung von Baupfandrechten im Grundbuch, stehen unter dem Vorbehalt offenbaren Rechtsmissbrauchs (SCHUMACHER, a.a.O., Rz. 1262).



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

## 5.5

**5.5.1** Die geleistete Bankgarantie sieht zwei Befristungen vor. Sie ist bis zum 31. Dezember 2016 gültig, verlängert sich aber automatisch um jeweils ein Jahr, solange das die Schuldnerin zur Bezahlung der Forderungssumme verpflichtende Urteil bzw. der gerichtlich genehmigte Vergleich nicht rechtskräftig ist. Ausserdem ist die Garantie innert 120 Kalendertagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils bzw. des gerichtlich genehmigten Vergleichs zu beanspruchen (E. 3.3 oben).

**5.5.2** Um die Bankgarantie rechtswirksam für sich zu beanspruchen, muss die Beschwerdeführerin innert 120 Tagen ein rechtskräftiges Urteil oder einen gerichtlich genehmigten Vergleich des zuständigen Gerichts, das bzw. der die Schuldnerin zu einer Zahlung über einen darin bestimmten Betrag an die Klägerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag verpflichtet, und eine Rechtskraftbescheinigung vorlegen, den Nachweis erbringen, dass die Schuldnerin diesen Betrag trotz Aufforderung der Klägerin nicht bezahlt hat, und eine schriftliche Abtretungserklärung für alle Forderungen der Klägerin gegen die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem Werkvertrag zugunsten der Garantieforderunggeberin abgeben (E. 3.2 oben).

**5.5.3** Mit der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass eine Frist von 120 Kalendertagen seit Eintritt der Rechtskraft des die Schuldnerin zur Zahlung verpflichtenden Urteils (bzw. des entsprechenden gerichtlich genehmigten Vergleichs) die Interessen der

BGE 142 III 738 S. 745

Beschwerdeführerin genügend wahren würde, so dass eine dergestalt formulierte Ersatzsicherheit hinreichend wäre. Gegen die jährliche - und damit absolute - Befristung verbunden mit einer laufenden Erneuerung der Garantie für ein Jahr, solange kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, ist unter der Bedingung nichts einzuwenden, dass die 120-tägige Beanspruchungsfrist selbst dann gilt, wenn sie vor Jahresende zu laufen begonnen hat, aber erst im neuen Jahr endet (und sich die Gültigkeitsdauer insofern verlängert). Andernfalls würde der Beschwerdeführerin die ihr zustehende angemessene Reaktionsfrist bundesrechtswidrig verkürzt.

**5.5.4** Die vorliegend entscheidende Frage, ob die Frist von 120 Tagen selbst dann gilt, wenn sie vor Jahresende zu laufen begonnen hat, aber erst im neuen Jahr endet, ist in der streitgegenständlichen Bankgarantie nicht ausdrücklich geregelt. Das Handelsgericht scheint die Frage - wie auch die Beschwerdegegnerin und die Nebenintervenientin - zu verneinen und erachtet die streitgegenständliche Bankgarantie trotzdem als qualitativ gleichwertig. Es übersieht indes, dass die Beschwerdeführerin für die Beanspruchung der Garantie nicht nur ein rechtskräftiges Urteil vorzulegen hat, sondern noch eine Rechtskraftbescheinigung beschaffen muss und insofern in zeitlicher Hinsicht fremdbestimmt ist. Ausserdem hat die Beschwerdeführerin der Schuldnerin Gelegenheit einzuräumen, gestützt auf das rechtskräftige Urteil zu bezahlen, muss sie doch auch den Nachweis erbringen, dass die Schuldnerin trotz Aufforderung nicht bezahlt hat, was ebenfalls eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Entgegen der Annahme des Handelsgerichts wird ein am 17. Dezember eröffnetes Urteil auch nicht erst nach Ablauf der um die Gerichtsferien verlängerten Rechtsmittelfrist für die Beschwerde an das Bundesgericht rechtskräftig. Das rechtskräftige Urteil, das die Beschwerdeführerin der Garantiegeberin vorzulegen hat, wird das Ergebnis eines Forderungsprozesses sein, weshalb es sich um ein Leistungsurteil handelt. Beschwerden an das Bundesgericht gegen Leistungsurteile haben von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 BGG), so dass das kantonale Urteil mit seiner Ausfällung in Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist. Freilich kann das Bundesgericht die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit eines kantonalen Leistungsurteils auf Gesuch hin aufschieben (Art. 103 Abs. 3 BGG). Solange dies nicht geschehen ist, bleibt das kantonale Urteil rechtskräftig und vollstreckbar.



Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

BGE 142 III 738 S. 746

**5.5.5** Im schlechtesten Fall, von dem auch das Handelsgericht auszugehen scheint, ist die Bankgarantie so formuliert, dass der Beschwerdeführerin nach der Ausfällung des die Schuldnerin verpflichtenden Leistungsurteils nur wenige Tage verbleiben, um die Garantie in Anspruch nehmen zu können, oder dass die Beschwerdeführerin gar aus Gründen, die sie, weil Dritte mitwirken müssen, nicht zu verantworten hat, die kurze Frist nicht einhalten könnte. Von einer angemessenen Reaktionsfrist als Voraussetzung zulässiger relativer Befristung (E. 5.4 oben) kann somit nicht ausgegangen werden. Aus diesem Grund stellt die streitgegenständliche Bankgarantie auch in qualitativer Hinsicht keine hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB dar. (...)